

1 The Honorable Barbara J. Rothstein
2
3
4
5

6 UNITED STATES DISTRICT COURT
7 WESTERN DISTRICT OF WASHINGTON
8 AT SEATTLE

9
10 ATLANTIC SPECIALTY INSURANCE
11 COMPANY,

12 Plaintiff,

13 v.

14 LEXINGTON INSURANCE COMPANY and
15 BCS INSURANCE COMPANY,

16 Defendants.

17 NO. 2:21-cv-0616-BJR

18 **ORDER DENYING
19 MOTION TO COMPEL**

20 I. INTRODUCTION

21 This matter comes before the Court on a Motion to Compel filed by Plaintiff, Atlantic
22 Specialty Insurance Company (“ASIC”). ASIC seeks an order compelling Defendant BCS
23 Insurance Company (“BCS”) to produce documents that BCS has withheld on attorney-client
24 privilege grounds. Having reviewed the parties’ briefs and supporting exhibits filed in support of
25 and opposition to the motion, the Court finds and rules as follows.

26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
3310
3311
3312
3313
3314
3315
3316
3317
3318
3319
3320
3321
3322
3323
3324
3325
3326
3327
3328
3329
3330
3331
3332
3333
3334
3335
3336
3337
3338
3339
33310
33311
33312
33313
33314
33315
33316
33317
33318
33319
33320
33321
33322
33323
33324
33325
33326
33327
33328
33329
33330
33331
33332
33333
33334
33335
33336
33337
33338
33339
333310
333311
333312
333313
333314
333315
333316
333317
333318
333319
333320
333321
333322
333323
333324
333325
333326
333327
333328
333329
333330
333331
333332
333333
333334
333335
333336
333337
333338
333339
3333310
3333311
3333312
3333313
3333314
3333315
3333316
3333317
3333318
3333319
3333320
3333321
3333322
3333323
3333324
3333325
3333326
3333327
3333328
3333329
3333330
3333331
3333332
3333333
3333334
3333335
3333336
3333337
3333338
3333339
33333310
33333311
33333312
33333313
33333314
33333315
33333316
33333317
33333318
33333319
33333320
33333321
33333322
33333323
33333324
33333325
33333326
33333327
33333328
33333329
33333330
33333331
33333332
33333333
33333334
33333335
33333336
33333337
33333338
33333339
333333310
333333311
333333312
333333313
333333314
333333315
333333316
333333317
333333318
333333319
333333320
333333321
333333322
333333323
333333324
333333325
333333326
333333327
333333328
333333329
333333330
333333331
333333332
333333333
333333334
333333335
333333336
333333337
333333338
333333339
3333333310
3333333311
3333333312
3333333313
3333333314
3333333315
3333333316
3333333317
3333333318
3333333319
3333333320
3333333321
3333333322
3333333323
3333333324
3333333325
3333333326
3333333327
3333333328
3333333329
3333333330
3333333331
3333333332
3333333333
3333333334
3333333335
3333333336
3333333337
3333333338
3333333339
33333333310
33333333311
33333333312
33333333313
33333333314
33333333315
33333333316
33333333317
33333333318
33333333319
33333333320
33333333321
33333333322
33333333323
33333333324
33333333325
33333333326
33333333327
33333333328
33333333329
33333333330
33333333331
33333333332
33333333333
33333333334
33333333335
33333333336
33333333337
33333333338
33333333339
333333333310
333333333311
333333333312
333333333313
333333333314
333333333315
333333333316
333333333317
333333333318
333333333319
333333333320
333333333321
333333333322
333333333323
333333333324
333333333325
333333333326
333333333327
333333333328
333333333329
333333333330
333333333331
333333333332
333333333333
333333333334
333333333335
333333333336
333333333337
333333333338
333333333339
3333333333310
3333333333311
3333333333312
3333333333313
3333333333314
3333333333315
3333333333316
3333333333317
3333333333318
3333333333319
3333333333320
3333333333321
3333333333322
3333333333323
3333333333324
3333333333325
3333333333326
3333333333327
3333333333328
3333333333329
3333333333330
3333333333331
3333333333332
3333333333333
3333333333334
3333333333335
3333333333336
3333333333337
3333333333338
3333333333339
33333333333310
33333333333311
33333333333312
33333333333313
33333333333314
33333333333315
33333333333316
33333333333317
33333333333318
33333333333319
33333333333320
33333333333321
33333333333322
33333333333323
33333333333324
33333333333325
33333333333326
33333333333327
33333333333328
33333333333329
33333333333330
33333333333331
33333333333332
33333333333333
33333333333334
33333333333335
33333333333336
33333333333337
33333333333338
33333333333339
333333333333310
333333333333311
333333333333312
333333333333313
333333333333314
333333333333315
333333333333316
333333333333317
333333333333318
333333333333319
333333333333320
333333333333321
333333333333322
333333333333323
333333333333324
333333333333325
333333333333326
333333333333327
333333333333328
333333333333329
333333333333330
333333333333331
333333333333332
333333333333333
333333333333334
333333333333335
333333333333336
333333333333337
333333333333338
333333333333339
3333333333333310
3333333333333311
3333333333333312
3333333333333313
3333333333333314
3333333333333315
3333333333333316
3333333333333317
3333333333333318
3333333333333319
3333333333333320
3333333333333321
3333333333333322
3333333333333323
3333333333333324
3333333333333325
3333333333333326
3333333333333327
3333333333333328
3333333333333329
3333333333333330
3333333333333331
3333333333333332
3333333333333333
3333333333333334
3333333333333335
3333333333333336
3333333333333337
3333333333333338
3333333333333339
33333333333333310
33333333333333311
33333333333333312
33333333333333313
33333333333333314
33333333333333315
33333333333333316
33333333333333317
33333333333333318
33333333333333319
33333333333333320
33333333333333321
33333333333333322
33333333333333323
33333333333333324
33333333333333325
33333333333333326
33333333333333327
33333333333333328
33333333333333329
33333333333333330
33333333333333331
33333333333333332
33333333333333333
33333333333333334
33333333333333335
33333333333333336
33333333333333337
33333333333333338
33333333333333339
333333333333333310
333333333333333311
333333333333333312
333333333333333313
333333333333333314
333333333333333315
333333333333333316
333333333333333317
333333333333333318
333333333333333319
333333333333333320
333333333333333321
333333333333333322
333333333333333323
333333333333333324
333333333333333325
333333333333333326
333333333333333327
333333333333333328
333333333333333329
333333333333333330
333333333333333331
333333333333333332
333333333333333333
333333333333333334
333333333333333335
333333333333333336
333333333333333337
333333333333333338
333333333333333339
3333333333333333310
3333333333333333311
3333333333333333312
3333333333333333313
3333333333333333314
3333333333333333315
3333333333333333316
3333333333333333317
3333333333333333318
3333333333333333319
3333333333333333320
3333333333333333321
3333333333333333322
3333333333333333323
3333333333333333324
3333333333333333325
3333333333333333326
3333333333333333327
3333333333333333328
3333333333333333329
3333333333333333330
3333333333333333331
3333333333333333332
3333333333333333333
3333333333333333334
3333333333333333335
3333333333333333336
3333333333333333337
3333333333333333338
3333333333333333339
33333333333333333310
33333333333333333311
33333333333333333312
33333333333333333313
33333333333333333314
33333333333333333315
33333333333333333316
33333333333333333317
33333333333333333318
33333333333333333319
33333333333333333320
33333333333333333321
33333333333333333322
33333333333333333323
33333333333333333324
33333333333333333325
33333333333333333326
33333333333333333327
33333333333333333328
33333333333333333329
33333333333333333330
33333333333333333331
33333333333333333332
33333333333333333333
33333333333333333334
33333333333333333335
33333333333333333336
33333333333333333337
33333333333333333338
33333333333333333339
333333333333333333310
333333333333333333311
333333333333333333312
333333333333333333313
333333333333333333314
333333333333333333315
333333333333333333316
333333333333333333317
333333333333333333318
333333333333333333319
333333333333333333320
333333333333333333321
333333333333333333322
333333333333333333323
333333333333333333324
333333333333333333325
333333333333333333326
333333333333333333327
333333333333333333328
333333333333333333329
333333333333333333330
333333333333333333331
333333333333333333332
333333333333333333333
333333333333333333334
333333333333333333335
333333333333333333336
333333333333333333337
333333333333333333338
333333333333333333339
3333333333333333333310
3333333333333333333311
3333333333333333333312
3333333333333333333313
3333333333333333333314
3333333333333333333315
3333333333333333333316
3333333333333333333317
3333333333333333333318
3333333333333333333319
3333333333333333333320
3333333333333333333321
3333333333333333333322
3333333333333333333323
3333333333333333333324
3333333333333333333325
3333333333333333333326
3333333333333333333327
3333333333333333333328
3333333333333333333329
3333333333333333333330
3333333333333333333331
3333333333333333333332
3333333333333333333333
3333333333333333333334
3333333333333333333335
3333333333333333333336
3333333333333333333337
3333333333333333333338
3333333333333333333339
33333333333333333333310
33333333333333333333311
33333333333333333333312
33333333333333333333313
33333333333333333333314
33333333333333333333315
33333333333333333333316
33333333333333333333317
33333333333333333333318
33333333333333333333319
33333333333333333333320
33333333333333333333321
33333333333333333333322
33333333333333333333323
33333333333333333333324
33333333333333333333325
33333333333333333333326
33333333333333333333327
33333333333333333333328
33333333333333333333329
33333333333333333333330
33333333333333333333331
33333333333333333333332
33333333333333333333333
33333333333333333333334
33333333333333333333335

II. BACKGROUND

2 This insurance coverage dispute arose out of claims against the parties' mutual insured,
3 nonparty Premera Blue Cross. In early 2014, Premera suffered a massive data breach, leading to
4 the filing of a number of lawsuits against Premera and millions of dollars in damages. Premera
5 turned to its insurance carriers for coverage. ASIC, Premera's primary general liability insurer,
6 ultimately paid Premera the limits of that policy. ASIC made that contribution subject to a
7 reservation of subrogation rights against Premera's other insurers, and later filed the instant
8 lawsuit against two of Premera's secondary errors and omissions ("E&O") insurers: Defendants
9 Lexington Insurance Company (secondary to a primary E&O policy issued by nonparty Ironshore
10 Insurance Company), and BCS (secondary to the Lexington policy).

11 In this motion to compel, ASIC seeks production by BCS of documents that BCS has
12 claimed are privileged. The documents fall into two categories, consisting generally of emails
13 between BCS and its attorneys at the law firm of Frost Pearlman. The first is a single email
14 thread, between and among (1) Frost Pearlman attorney Ciara Frost; (2) employees of BCS; and
15 (3) employees of Ironshore. At the time, the Frost Pearlman firm represented both BCS and
16 Ironshore. The second category consists of emails to and from attorney Marc Pearlman, also of
17 Frost Pearlman, and BCS, his client. ASIC challenges the attorney-client privilege BCS has
18 asserted over these communications. It claims as to the first category that disclosure of the
19 communication with third party Ironshore constituted a waiver of the privilege. As to the second,
20 ASIC argues that the emails were sent during a period in which Pearlman also represented
21 Ironshore, and that it is unclear whether the emails were sent and received in his capacity as
22 attorney for BCS, or for Ironshore.

ORDER DENYING
MOTION TO COMPEL

III. DISCUSSION

A. ASIC's Motion Is Untimely

On February 16, 2022, BCS produced the privilege log containing the documents at issue.

The discovery cutoff in this matter was March 21, 2022, yet ASIC did not seek the Court’s intervention in this dispute until April 19, 2022, nearly a month after the cutoff and two months after the privilege log was produced. Further, ASIC did not file the instant Motion to Compel until May 16, 2022, more than two weeks after the Court “authorize[d] and direct[ed]” it to do so, making this motion ripe on June 21, 2022, a full *three months* after the discovery cutoff. *See* April 29, 2022 Minute Order, Dkt. No. 109.

ASIC’s explanation for its serial delay does not constitute “good cause” justifying an extension of this length. ASIC claims it only discovered information indicating some of the claimed privileges might be disputable during the deposition of Ann Frolick, BCS’s deputy general counsel, held on March 9, 2022.¹ ASIC does not offer an explanation for why it did not seek Court intervention at that time, still well before the cutoff. Furthermore, according to evidence produced by BCS, ASIC was in possession of all the facts necessary to challenge the disputed privilege, before the Frolick deposition. Regarding the Frost-BCS-Ironshore email, as ASIC acknowledges in its motion, “BCS’s Privilege Log notes that this bates range is an email exchange between Ciara Frost, an attorney with Frost Pearlman, [employees] of BCS, and [employees] of Ironshore on January 23, 2019.” If ASIC wanted to challenge BCS’s assertion of attorney-client privilege based on putative waiver through disclosure to a third party, Ironshore,

¹ BCS also asserts, and ASIC does not dispute, that it was ASIC's decision to leave Ann Frolick's deposition until weeks before the discovery cutoff.

ORDER DENYING
MOTION TO COMPEL

1 the information needed to do so (*i.e.*, that Ironshore was included on the email thread) was
2 apparently right there in the privilege log, produced in February. Yet ASIC did nothing to
3 challenge the assertion of privilege at that time.

4 As BCS argues, ASIC knew that Marc Pearlman represented both Ironshore and BCS as
5 early as 2015. The fact that ASIC did not put all of the necessary facts together to make its waiver
6 argument until after the cutoff does not justify an extension of discovery.

7 ASIC argues that it is nevertheless entitled to an extension of the deadline because BCS
8 has not articulated any prejudice it might suffer from the delay. That is not the standard. Pretrial
9 deadlines may be flexible within reason and at the discretion of the Court. But while an extension
10 of days or even several weeks may be supported by a showing of good cause and absence of
11 prejudice to the other side, a delay of months in even requesting an extension appears to be little
12 more than a lack of diligence. In the absence of a robust explanation for this disregard for court
13 deadlines, the motion to compel is denied as untimely.

14 *B. BCS's Attorney-Client Privilege Was Not Waived*

15 The Court might have more hesitation denying ASIC's motion to compel based on its
16 untimeliness if the motion more obviously had merit; but it does not.

17 As noted, ASIC seeks two categories of documents. The first is a single email thread sent
18 and/or received on January 19, 2019, by (1) Ciara Pearlman, a Frost Pearlman attorney; (2)
19 employees of BCS; and (3) employees of Ironshore. ASIC argues that the inclusion of Ironshore
20 employees on that thread constitutes a waiver of any privilege between Frost and her client, BCS.
21 However, it is undisputed that at the time the email was sent, Frost Pearlman also represented
22 Ironshore, on a matter of "common interest" to the two insurers: Premera's data breach claims,

23 ORDER DENYING
24 MOTION TO COMPEL

1 based on materially identical E&O policies.² Frolik Aff., ¶ 4; Pearlman Aff., ¶ 9. This
 2 communication between BCS and its attorney, therefore, remained privileged. *See Broyles v.*
 3 *Thurston Cnty.*, 147 Wn. App. 409, 443 (2008) (affirming trial court's ruling that privilege was
 4 not waived where "all of the people went to see [the attorneys] to get legal advice about their
 5 situation at work. They went as a group. . . . Going as a group with a common problem,
 6 statements of all are protected."). As the Third Circuit stated most clearly, "[i]f two or more
 7 persons are jointly represented by the same lawyer in a matter, a communication of either co-
 8 client that ... relates to matters of common interest is privileged as against third persons."). *In re*
 9 *Teleglobe Commc'ns Corp.*, 493 F.3d 345, 366 (3d Cir. 2007), *as amended* (Oct. 12, 2007) (citing
 10 Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers § 75(1)). The evidence demonstrates that this
 11 is the situation here: a single law firm, representing two clients, sending a single email to both
 12 containing information regarding matters of common interest. *See* Aff. of Marc Pearlman, ¶ 11
 13 ("At all relevant times, Ironshore's and BCS' interests with respect to the Premera Data Breach
 14 Claims have been aligned."); *see also* Frolick Aff. ¶¶ 9-10 ("At all relevant times, Ironshore's and
 15 BCS' interests with respect to the Premera Data Breach Claims have been aligned . . . BCS and
 16 Ironshore had a common interest and working joint defense agreement with respect to the
 17 Premera Data Breach Claim."). As ASIC concedes, no written agreement is necessary to assert
 18 such arrangement, and under these circumstances (*i.e.*, the insurers' materially identical policies,
 19 and BCS and Ironshore's alignment vis a vis ASIC), the sworn testimony of both BCS's deputy
 20 counsel and BCS's attorneys that an unwritten joint defense agreement existed is sufficient,

22 ² This situation is not as "strange" or "unusual" as ASIC repeatedly insists. *See In re Teleglobe Commc'ns Corp.*,
 23 493 F.3d at 362 ("It is often expedient for two or more people to consult a single attorney.").

24 ORDER DENYING
 MOTION TO COMPEL

1 particularly where ASIC has failed to produce any evidence, other than speculation, to the
 2 contrary. *See In re Teleglobe Commc'n Corp.*, 493 F.3d at 363 (“The keys to deciding the scope
 3 of a joint representation are the parties’ intent and expectations.”).

4 The second category of documents ASIC seeks is composed of emails between BCS and
 5 its attorney Marc Pearlman. ASIC’s position is that BCS may have waived any privilege it
 6 enjoyed with its attorney, arguing that “[b]ecause Mr. Pearlman represented Ironshore when the
 7 documents were generated, it is not clear whether Mr. Pearlman sent or received the materials as
 8 an attorney for BCS or Ironshore.” BCS has submitted Pearlman’s affidavit, however, wherein he
 9 unequivocally avers “[w]ith the exception of the one joint communication between Frost
 10 Pearlman, BCS and Ironshore,” which the Court discusses above, “all communications listed on
 11 BCS’ privilege log which list me as a sender or recipient were made and/or received solely in my
 12 capacity as counsel for BCS.” Pearlman Aff., ¶ 3. The sworn affidavits of BCS employees,
 13 including its deputy general counsel, corroborate this statement. *See* Affs. of Ann Frolick, ¶ 15;
 14 Charles Burke, ¶¶ 11-15. ASIC’s speculation to the contrary is not sufficient to raise a question as
 15 to the veracity of Pearlman’s sworn testimony.

16 Finally, the Court rejects ASIC’s contention that no attorney-client privilege attached to
 17 any of the Pearlman communications with BCS because Pearlman was acting as a claims handler
 18 for BCS, rather than as an attorney. ASIC has not produced any evidence to support this
 19 speculation that would overcome the testimony of BCS’s deputy general counsel that Pearlman
 20 was acting as legal counsel. *See* Frolick Aff., ¶ 15.

21 ///

22 ///

23 ORDER DENYING
 24 MOTION TO COMPEL

IV. CONCLUSION

For the foregoing reasons, the Court DENIES Plaintiff's Motion to Compel.

DATED this 7th day of July, 2022.

Barbara Rothstein

Barbara Jacobs Rothstein
U.S. District Court Judge

ORDER DENYING
MOTION TO COMPEL